

DOI: 10.1007/s00350-013-3527-9

Zur Rechtsfähigkeit des Anencephalus*

Jörg Neuner

I. Einleitung

Der brasilianische Supremo Tribunal Federal¹ hat in einer aufsehenerregenden Entscheidung vom 12. 4. 2012 die Unterbrechung der Schwangerschaft im Falle fetaler An-

encephalie für zulässig erklärt². Während nach Art. 128 des brasilianischen Código Penal Schwangerschaftsabbrüche bislang nur bei einer Todesgefahr für die Schwangere oder

Prof. Dr. iur. Jörg Neuner,
Universität Augsburg,
Universitätsstraße 24, 86159 Augsburg, Deutschland

*) Für wertvolle Hinweise danke ich Herrn Dr. med. *Peter Martin*, Chefarzt der Séguin-Klinik für Menschen mit schwerer geistiger Behinderung (Epilepsiezentrum Kork).

1) Oberstes Bundesgericht mit Sitz in Brasilia.

2) ADPF 54/DF; flankierend zu den Missbildungen am Gehirn des Kindes argumentiert der Supremo Tribunal Federal zwar auch mit den

bei Vergewaltigung erlaubt waren, gilt dies nach der neuesten höchstrichterlichen Rechtsprechung auch bei einer embryopathischen Indikation unter dem speziellen Aspekt der irreversiblen Hirnschädigung³.

Die Diskussion über anencephale Föten als taugliche Tatobjekte eines verbotenen Schwangerschaftsabbruchs ist allerdings nicht neu. Auch nach Teilen der deutschen Strafrechtswissenschaft handelt es sich um keine Leibesfrüchte i. S. der §§ 218 ff. StGB⁴. Die ganz herrschende Meinung⁵ sieht dies jedoch zu Recht anders: Gehirnaktivitäten sind für die Schutzwürdigkeit des Embryos⁶ schon deshalb irrelevant, weil sich das Gehirn erst mehrere Wochen nach der Konzeption herauszubilden vermag⁷, während die Leibesfrucht *de lege lata* schon ab dem Zeitpunkt ihrer Nidation geschützt wird⁸.

Dogmatische Probleme stellen sich indes nicht nur im Strafrecht⁹, sondern ebenso im Zivilrecht, beginnend mit dem familienrechtlichen Status des anencephalen Kindes bis hin zu dessen deliktsrechtlichem Schutz, etwa im Hinblick auf „Organspenden“. Von hoher praktischer Relevanz ist zudem die erbrechtliche Stellung, sofern das anencephale Kind zur Zeit des Erbfalls (etwa beim Tod des Vaters) kurzfristig lebt oder aber bereits erzeugt war, später für kurze Zeit zur Welt kommt und dann ggf. als vor dem Erbfall geboren gilt (§ 1923 Abs. 2 BGB).

II. Medizinischer Befund

Anencephalus bedeutet griechisch „ohne Gehirn“. Diese Bezeichnung ist insofern ungenau und missverständlich,

als bei anencephalen Kindern Teile des Gehirns noch vorhanden sind. Typischerweise fehlen (weitgehend) das knöcherne Schädeldach, die Hirnhäute und das Großhirn, doch ist das Stammhirn zumindest partiell ausgeprägt¹⁰. Die Physiognomie des Gesichts wird durch stark hervortretende Augen gekennzeichnet, über denen eine undifferenzierte Gewebsmasse den oberen Bereich des Kopfes abdeckt (die sog. *area cerebrovasculosa*). Ursache der Anencephalie ist ein Neuralrohrdefekt (vor dem 26. Tag post conceptionem¹¹), der eine Schließung des Neuroporus anterior sowie der Schädeldecke verhindert¹². Die Inzidenz wird auf etwa 1:1000 geschätzt¹³. Anencephale Kinder sterben teilweise bereits in utero oder während des Geburtsvorgangs, doch leben die meisten postnatal noch einige Minuten, Stunden oder Tage¹⁴. Berühmt ist der Fall von „Monnier & Willi“, in dem ein anencephales Kind 57 Tage alt wurde¹⁵. Entsprechend der Intensität der Hirnfehlbildung können bei anencephalen Kindern Verhaltensreaktionen in Form von Schutzreflexen, Schlucken und Gähnen bis hin zu Daumenlutschen auftreten¹⁶. Das Stammhirn kann zudem so weit entwickelt sein, dass eine (vorübergehende) Eigenatmung möglich ist.

Ob anencephale Kinder Schmerz empfinden können und über ein rudimentäres Bewusstsein verfügen, wird in der Fachliteratur unterschiedlich beurteilt. Vielfach wird dies in Zweifel gezogen¹⁷, teilweise aber auch be-

fundamentalen Rechten der Frau, doch ist kennzeichnend, dass die Mehrheit des Gerichts die Rechte der Frau nur deshalb für vorrangig erachtet, weil der Nasciturus an Anencephalie leidet und nicht etwa an einem anderen Neuralrohrdefekt wie der Spina bifida aperta („offener Rücken“) oder einer sonstigen schweren Missbildung.

- 3) Anencephalie kann (mittels Ultraschalluntersuchung) regelmäßig bereits im ersten Trimenon festgestellt werden; vgl. nur *Wisser*, *Der Gynäkologe* 46 (2013), 183 ff., 186.
- 4) So z. B. *Hanack*, in: GS f. Noll, 1984, S. 197 ff., 204; *Jähneke*, in: LK/StGB, 10. Aufl. 1989, § 218, Rdnr. 4.
- 5) Vgl. *Merkel*, in: NK/StGB, 3. Aufl. 2010, § 218, Rdnrn. 18 ff., 24 ff.; *Neumann*, ebd., Vorbem. zu § 211, Rdnr. 32; *Isemer/Lilie*, *MedR* 1988, 66 ff., 69.
- 6) Kommt ein anencephales Kind lebend zur Welt, greift der strafrechtliche Lebensschutz gem. §§ 211 ff., 223 ff. StGB ein; vgl. nur BGHSt 10, 291 ff., 292; *Isemer/Lilie*, *MedR* 1988, 66 ff., 68; *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht – Besonderer Teil* 1, 36. Aufl. 2012, § 1, Rdnr. 26.
- 7) S. näher *Harding*, in: *Reed/Claireaux/Cockburn* (Hrsg.), *Diseases of the Fetus and Newborn: Pathology, Imaging, Genetics and Management*, 1994, S. 413 ff.
- 8) Vgl. *Merkel*, in: NK/StGB, 3. Aufl. 2010, § 218, Rdnr. 20; keine lebende Leibesfrucht ist hingegen der sog. *Acardius* („parasitärer Zwilling“); s. näher *Merkel*, in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl. 2010, S. 295 ff., 313 f.
- 9) Bei fetaler Anencephalie erachtet die h. M. einen Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich als nicht rechtswidrig, weil die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren besteht (§ 218a Abs. 2 StGB); vgl. *Lackner/Kühl*, *StGB*, 27. Aufl. 2011, § 218, Rdnr. 5 m. w. N.; statistisch entscheiden sich nach *Lenhard*, *Heilpädagogische Forschung* 29 (2003), 165 ff., 76,9% der Mütter für einen Schwangerschaftsabbruch (bei Trisomie 21 sind es 91,9%); nach *Gilman*, *Elon Law Rev.* 4 (2012), 71 ff., 72 m. w. N., beträgt in den USA die Abbruchrate 95,0%.
- 10) S. näher *The Medical Task Force of Anencephaly*, *The New England Journal of Medicine (NEJM)* 322 (1990), 669 ff., 669; *Holzgreve/Beller*, *Clinical Obstetrics and Gynecology* 35 (1992), 821 ff., 822.
- 11) Vgl. *Holzgreve/Beller*, *Clinical Obstetrics and Gynecology* 35 (1992), 821 ff., 821 f.

12) Vgl. nur *Sadler*, *Medizinische Embryologie*, 11. Aufl. 2008, S. 181.

13) S. näher *Obeidi/Russell/Higgins/O'Donoghue*, *Prenatal Diagnosis* 30 (2010), 357 ff., 357; *Sadler*, *Medizinische Embryologie*, 11. Aufl. 2008, S. 418; es gibt allerdings starke regionale Schwankungen; *Shewmon*, *Hastings Center Report*, 18 No. 5 (1988), 11 ff., 13, geht (nach Abzug der Schwangerschaftsabbrüche) von 304 lebend geborenen anencephalen Kindern pro Jahr in den USA aus.

14) S. näher *Jaquier*, www.anencephalie-info.org/e/report.php (7% in utero; 18% während der Geburt; 26% zwischen 1 und 60 Minuten; 27% zwischen 1 und 24 Stunden; 17% zwischen 2 und 5 Tagen; 5% nach mehr als 5 Tagen); ähnliche Daten bei *Jaquier/Klein/Boltschauer*, *British Journal of Obstetrics and Gynecology*, 113 (2006), 951 ff., 952.

15) *Monnier/Willi*, *Monatsschrift für Psychiatrie und Neurologie*, 126 (1953), 239 ff., 240, wobei das Kind noch länger hätte leben können, wenn die Sondenernährung nicht unterbrochen worden wäre; aus Brasilien (Sao Paulo) wird sogar von einem Mädchen berichtet, das eineinhalb Jahre alt wurde, wenngleich es sich hierbei offenbar um einen Fall sog. *Mero-Anencephalie* (*anencephalia partialis*) handelte; vgl. ADPF 54/DF S. 51 ff. (Min. Marco Aurélio Mello); in den USA wurde schließlich ein anencephales Kind („Baby K“) aufgrund einer erfolgreichen Klage der Mutter intensivmedizinisch zweieinhalb Jahre am Leben erhalten; s. näher *Sandbar et al.*, *Legal Medicine*, 7. Aufl. 2007, S. 435.

16) Vgl. *Ashwal et al.*, *Pediatric Neurology* Vol. 6 No. 4 (1990), 233 ff., 233 ff.; *Shewmon*, *Hastings Center Report*, 18 No. 5 (1988), 11 ff., 13; *Zieger*, in: *Laubenstein/Lamers/Heinen* (Hrsg.), *Basale Stimulation, kritisch-konstruktiv*, 2006, S. 267 ff., 274 ff.; *Oduncu*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG, 2005, Einl., Rdnr. 97; *Isemer/Lilie*, *MedR* 1998, 66 ff., 67; *Monnier/Willi*, *Monatsschrift für Psychiatrie und Neurologie* 126 (1953), 239 ff., 242 ff.; s. auch schon *Gamper*, *Zeitschrift für die gesamte Neurologie und Psychiatrie* 102 (1926), 154 ff.; 104 (1926), 49 ff., 50 ff.

17) *The Medical Task Force of Anencephaly*, *The New England Journal of Medicine (NEJM)* 322 (1990), 669 ff., 672: „Experience with other cerebral lesions indicates that the suffering associated with noxious stimuli (pain) is a cerebral interpretation of the stimuli; therefore, infants with anencephaly presumably cannot suffer.“; *Ashwal et al.*, *Pediatric Neurology* Vol. 6 No. 4 (1990), 233 ff., S. 239: „Because they have no cortical or subcortical structures, it is unlikely that these infants can experience pain; however, they can react to such stimuli.“

jaht¹⁸. Von juristischen Autoren wird eine Empfindungsfähigkeit mitunter kategorisch verneint, jedoch ohne hinreichende Belege¹⁹.

III. Rechtlicher Befund

Nach § 1 BGB beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen, also die Fähigkeit, Inhaber von Rechten und Adressat von Rechtspflichten zu sein, „mit der Vollendung der Geburt“²⁰. Die Regelung des § 1 BGB unterscheidet sich damit einerseits vom Strafrecht, das für die Tötung eines „Menschen“ (gem. §§ 211 ff. StGB) bereits das Einsetzen der Eröffnungswehen bzw. den Beginn der Sectio genügen lässt²¹, sowie andererseits von einigen ausländischen Rechtsordnungen, nach denen das Kind eine bestimmte Mindestzeitdauer post partum gelebt haben muss²².

§ 1 BGB unterscheidet sich ferner von gesetzlichen Regelungen, die an das Aussehen oder die Statur der Lebendgeburt bestimmte Anforderungen stellen, wie etwa Teil I Titel 1 § 117 des Preußischen Allgemeinen Landrechts aus dem Jahr 1794: „Geburten ohne menschliche Form und Bildung haben auf Familien- und bürgerliche Rechte keinen Anspruch.“²³ Der BGB-Gesetzgeber distanziert sich in den Materialien zu § 1 BGB unmissverständlich von solchen selektiven Bestimmungen und betont ausdrücklich, dass auch ein sog. „Monstrum“ von der Rechtsfähigkeit nicht ausgeschlossen ist²⁴. Als Begründung wird angeführt, dass allein schon die Abgrenzung viel zu unsicher sei, „als daß darauf eine so verhängnisvolle Unterscheidung gebaut werden könnte“²⁵. Diese Erwägung schließt insbesondere auch anencephale Kinder mit ein, zumal es sich bei ihnen um keine völlig gehirnlosen Geschöpfe handelt. Der Status der Rechtsfähigkeit hängt also nicht davon ab, ob oder wie viel Gehirnaktivitäten ein Mensch entfaltet, sondern maßgeblich ist lediglich

der vollständige Austritt des lebenden Kindes aus dem Mutterleib²⁶.

Der Nachweis einer Lebendgeburt kann wiederum durch eine einzige sichere Lebensfunktion erbracht werden²⁷. Demgemäß verlangt § 31 Abs. 1 der Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes für eine meldepflichtige Lebendgeburt nur, dass „bei einem Kind nach der Scheidung vom Mutterleib entweder das Herz geschlagen oder die Nabelschnur pulsiert oder die natürliche Lungenatmung eingesetzt hat“. Ähnlich genügt auch nach den Standards der WHO für eine Lebendgeburt, dass das Kind „breathes or shows any other evidence of life such as heartbeat, umbilical cord pulsation, or definite movement of voluntary muscles (...)“²⁸.

Mit der zivilrechtlichen Anerkennung der Rechtsfähigkeit korrespondiert schließlich der verfassungsrechtliche Würdeschutz, den anencephale Kinder wie jeder andere Mensch genießen. Dieser uneingeschränkte Schutz folgt schon aus der vorbehaltlosen Diktion des Art. 1 Abs. 1 GG und ist Ausdruck der verfassungsgeberischen Reaktion auf die systematische Verfolgung und Ermordung von Menschen mit Behinderungen (sog. „Ballastexistenzen“²⁹) während der NS-Diktatur³⁰. Der Verfassungsgeber hat diese Intention im Jahr 1994 durch die Einfügung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nochmals ausdrücklich bekräftigt, wonach „niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden (darf)“. Nimmt man Art. 23 der UN-Kinderrechtskonvention³¹ sowie das UN-Übereinkommen vom 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen³² hinzu, ist an der Rechts- und Grundrechtsfähigkeit von Kindern mit Anencephalie somit nicht zu rütteln³³.

Vereinzelte wird in der verfassungsrechtlichen Literatur die Menschenwürde gleichwohl von der genetisch-biologischen Gattungszugehörigkeit losgelöst und von einem „Ich-Bewußtsein“, der „Vernunft“ sowie der „Fähigkeit zur Selbstbe-

18) Zieger, in: *Laubenstein/Lamers/Heinen* (Hrsg.), *Basale Stimulation, kritisch-konstruktiv*, 2006, S. 267 ff., 280: „existentielles Selbstempfinden“, „das Verziehen des Gesichts im Zusammenhang mit möglichen schmerzhaften Manipulationen am Kind [wird] nicht als empfindungsloser Reflex, sondern als Zeichen für ein frühes unbewusst-emotionales Schmerzempfinden interpretiert.“; s. auch *Shewmon*, *Hastings Center Report*, 18 No. 5 (1988), 11 ff., 14 f.: „To be sure, anencephalic infants with complete craniorachischisis or severe brainstem maldevelopment cannot experience consciousness or suffering. But these are not the ones of interest as organ sources, because they are almost invariably stillborn. Concerning those with more intact brainstems, it simply begs the question to state categorically that they lack conscious awareness because they lack cerebral hemispheres. Much less is there any logical or physiological basis for the claim of some that an anencephalic infant can neither feel nor experience pain ‚by definition‘. For practical purposes, one should presume, at the very least, that anencephalic infants are no less aware or capable of suffering than some laboratory animals with even smaller brains, which everyone seems to feel obliged to treat ‚humanely‘.“

19) *Merkel*, in: *FS f. Müller-Dietz*, 2001, S. 493 ff., 512: „subjektiv vollständig erlebnisunfähig“ unter Berufung auf *ders.*, *Frühethanasie*, 2001, S. 66 ff., 621 ff. und dort wiederum unter Berufung auf *The Medical Task Force of Anencephaly* (oben Fn. 17), wo allerdings ausdrücklich und einschränkend das Wort „presumably“ verwandt wird (vgl. oben, Fn. 17); *Khan (M. D., J. D.)/Lea*, *Ind. Health Law Rev.* 6 (2009), 17 ff., 20: „by definition permanently unconscious“; ähnlich *Hanger*, *Health Matrix* 5 (1995), 347 ff., 349.

20) Zur partiellen Rechtsfähigkeit des Nasciturus (im Hinblick auf den Integritätsschutz und das allgemeine Persönlichkeitsrecht) s. näher *Wolf/Neumer*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl. 2012, § 11, Rdnrn. 12 ff.

21) Zur strafrechtlichen Intention, die erhöhte Gefährdungslage des Kindes zu berücksichtigen, s. näher *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, *StGB*, 28. Aufl. 2010, Vorbem. §§ 211 ff., Rdnrn. 13 ff.

22) *Hausmann*, in: *Staudinger*, *BGB*, 2007, Art. 7 EGBGB, Rdnr. 25; monographisch *Mahr*, *Der Beginn der Rechtsfähigkeit und die zivilrechtliche Stellung ungeborenen Lebens – eine rechtsvergleichende Betrachtung*, 2007.

23) Ähnlich auch schon *Dig. 1, 5, 14*; s. ferner z. B. Art. 30 spanischer *Código Civil a. F.*, wonach das Kind die Geburt um 24 Stunden überlebt haben und ein „menschliches Antlitz“ tragen musste; die Vorschrift wurde allerdings im Jahr 2011 geändert (im Sinne der deutschen Regelung); vgl. *BOE Nr. 175/2011 v. 22. 7. 2011*.

24) *Mot. I*, S. 28 f.

25) *Mot. I*, S. 29.

26) Eine Durchtrennung der Nabelschnur ist nicht erforderlich; vgl. *Mot. I*, S. 28.

27) Vgl. auch *Bork*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 156; *Schmitt* in: *MüKo/BGB*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 1, Rdnr. 16; *Bamberger*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), *Online-Komm. BGB*, Stand: 2013, § 1, Rdnr. 28 m. w. N.

28) Vgl. *ICD 10*; s. ferner z. B. auch § 8 Abs. 1 Nr. 1 des österreichischen Bundesgesetzes über den Hebammenberuf.

29) S. bereits *Binding/Hoche*, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, 2. Aufl. 1922, S. 42 ff., 55 ff.

30) Vgl. generell *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), *GG-Kommentar*, 6. Aufl. 2010, Art. 1, Rdnrn. 20 ff.; *Lindner*, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, 2005, S. 189 ff. m. w. N.

31) *BGBI.* 1992 II, S. 121 ff., 131 f.

32) *BGBI.* 2008 II, S. 1419 ff.; s. dazu auch *Graumann*, *Assistierte Freiheit*, 2011, S. 53 f.: „Die endgültige und nun völkerrechtlich verbindliche Formulierung des Rechts auf Leben in der UN-Konvention ersetzt all persons with disabilities durch every human being (...). Damit richtet sich die Konvention auch gegen Personenwürde-Positionen, die Menschen mit schweren kognitiven Beeinträchtigungen aus dem Kreis der Träger von Rechten ausschließen wollen (...)“

33) S. auch *BVerfGE* 88, 203 ff., 252; 39, 1 ff., 41: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewusst ist und sie selbst zu wahren weiß.“; *Böckenförde*, *NJW* 2001, 2147 f., 2148.

stimmung“ abhängig gemacht³⁴. Ebenso könnte man auch im Zivilrecht die Rechtsfähigkeit an bestimmte kognitive Kompetenzen oder Empfindungsfähigkeiten koppeln und bei deren Fehlen methodologisch eine „teleologische Reduktion“ von § 1 BGB fordern. Mit der *lex lata* sind solche Überlegungen indes unvereinbar. Der Anencephalus ist ebenso wie andere Neugeborene mit infauster Prognose voll rechtsfähig, selbst wenn ihm das propagierte „Ich-Bewusstsein“ fehlen sollte³⁵.

IV. Moralischer Befund

Die rechtliche Kontroverse über den Status des Anencephalus wird flankiert und inspiriert von der allgemeinen Diskussion über den moralischen Status von Menschen mit Behinderungen. Ausgangspunkt dieses philosophischen Diskurses ist die Frage, ob die Würde des Menschen mehr voraussetzt als das biologisch-genetische Mensch-Sein. Teile der Literatur führen hierfür den Begriff der „Person“ ein, der im Unterschied zum bloßen Mensch-Sein an die Vernunftfähigkeit oder spezielle kognitive Eigenschaften anknüpft³⁶. Menschenwürde kommt demnach nur „Personen“ zu, nicht aber dem Gattungswesen Mensch als solchem³⁷.

Bezogen auf den Status des Anencephalus ist der Streit um das „Speziesargument“ jedoch bezeichnenderweise gar nicht von maßgebender Bedeutung. Anencephale Kinder sind keine „*massa carnis*“³⁸. Sie sind grundsätzlich auch nicht hirntot. Sie entfalten vielmehr Gehirnaktivitäten, wenngleich nur in mehr oder weniger geringfügigem Ausmaß. Ob sie zudem schmerzempfindlich sind und über ein rudimentäres Bewusstsein verfügen, wird in der Neurobiologie vielfach angezweifelt³⁹. Eine valide wissenschaftliche Begründung, dass anencephale Kinder keine Schmerzen empfinden und über keinerlei Bewusstsein verfügen, liegt allerdings – soweit ersichtlich – bislang nicht vor. Es verbleiben daher ggf. bloße kompetenzielle Zweifel, die die Menschenwürde anencephaler Kinder jedoch nicht in Frage stellen können. Wer einem anderen Menschen das „Person-Sein“ absprechen möchte, trägt hierfür zumindest die Beweislast: in dubio pro dignitate! Anderenfalls würde die ethische und rechtliche Grundmaxime der Gleichberechtigung und des gegenseitigen Achtens⁴⁰, die auch der Lehre vom Staats- und Sozialvertrag zugrunde liegt, von vornherein aufgegeben werden. Überdies ist signifikant, dass anencephale Kinder Verhaltensreaktionen zeigen, die zumindest *prima facie* als Schmerzempfindung deutbar sind und in der Wissenschaft teilweise auch so interpretiert werden⁴¹.

Die Frage kann folglich allenfalls lauten: Wie viel Gehirn setzt das Person-Sein voraus? Hier ein bestimmtes Richtmaß anzugeben, wäre indes willkürlich und anmaßend⁴²: Sind Menschen im apallischen Syndrom (dem persistent or permanent vegetative state), bei denen ebenfalls ein Teil des Gehirns, nämlich die Großhirnfunktion, beeinträchtigt ist⁴³, anders zu behandeln als anencephale Menschen? Sind bewusstlose oder schwer Demenzkranke anders zu behandeln als Apalliker? Und welchen Mindest-IQ oder welches Mindest-Bewusstsein muss ein Mensch besitzen, um überhaupt Person zu sein? Wie diese Fragen zeigen, impliziert jeder Versuch einer Ungleichbehandlung eine willkürliche Ausgrenzung und Selektion⁴⁴, die nach der geschichtlichen Erfahrung soweit gehen kann, dass selbst rasse-ideologische Kriterien Relevanz erlangen⁴⁵.

Darüber hinaus ist ein moralrelevanter Unterschied zwischen Menschen mit starken Handicaps und solchen ohne entsprechende Beeinträchtigung bereits im Ansatz zu verneinen. Das Richtmaß für das vermeintliche Defizit ist nämlich lediglich eine faktische Größe i. S. des menschlichen „Normaltypus“. Aus einer solchen bloß tatsächlichen Dominanz eines bestimmten Erscheinungsbildes lassen sich keine rechtsethischen Werturteile ableiten. Erst recht geht es nicht an, sich über Mitmenschen zu erheben und prinzipiell darüber zu befinden, wann diesen ein „relevantes Überlebensinteresse“ fehlt, sei es als Neugeborene⁴⁶, bis zu zehn Wochen

nach der Geburt⁴⁷ oder als Kinder mit Handicaps⁴⁸. Diskurstheoretisch formuliert gilt vielmehr: Die Einbeziehung von beeinträchtigten, nicht artikulationsfähigen Menschen in den (idealen) Diskurs ist Grundvoraussetzung ethischer und rechtlicher Mindeststandards: „Wenn die Diskursgemeinschaft diskursiv darüber befindet, wer an dem Diskurs teilzunehmen berechtigt, wer also Subjekt von Menschenrechten ist oder nicht, dann gibt es keine Menschenrechte.“⁴⁹ Hier-

- 34) So *Heun*, JZ 2002, 517 ff., 522; *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 1. Aufl. 1996, Art. 1, Rdnr. 50; in der 2. Aufl. 2004, Art. 1, Rdnr. 64, bzw. der 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rdnr. 66, lautet es: „Voraussetzung ist allein die Existenz eines geborenen Menschen mit prinzipieller (nicht aktueller) Fähigkeit zur vernünftigen Selbstbestimmung, wie wir sie jedenfalls jedem lebenden menschlichen Wesen konzederen müssen.“
- 35) Vgl. auch *Roller*, Die Rechtsfähigkeit des Nasciturus, 2013, S. 92; *Dolderer*, Menschenwürde und Spätabbruch, 2012, S. 93; *Lanz=Zumstein*, Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts, 1990, S. 283.
- 36) S. etwa *Singer*, Praktische Ethik, 3. Aufl. 2013, S. 142 f.; *Hoerster*, Abtreibung im säkularen Staat, 2. Aufl. 1995, S. 69 ff.; zur Ideengeschichte ausf. *Baumgartner/Heinemann/Honnefelder/Wickler/Wildfeuer*, in: *Rager* (Hrsg.), Beginn, Personalität und Würde des Menschen, 3. Aufl. 2009, S. 333 ff., 342 ff.; *Honnefelder*, Philosophisches Jahrbuch 100 (1993), 246 ff. m. umf. Nachw.
- 37) S. auch *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 5. Aufl. 2009, S. 68 ff., der eine gelungene Darstellungsleistung in der Kommunikation mit anderen verlangt.
- 38) Vgl. auch *Isemer/Lilie*, MedR 1988, 66 ff., 69.
- 39) Vgl. die Nachweise oben, Fn. 17; s. ferner *Schlingensiepen=Brysch*, ZRP 1992, 418 ff., 422, die aus neurobiologischer Sicht hervorhebt, dass wir bis heute nicht wissen, in welcher genauen Beziehung der menschliche Geist zu den Nervenzellen des Gehirns steht.
- 40) S. hierzu näher *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012, § 10, Rdnrn. 2 ff.
- 41) Vgl. die Nachweise oben, Fn. 18.
- 42) S. auch *Hofmann*, AöR 118 (1993), 353 ff., 376: „(..), daß sich niemand von uns über andere prinzipiell erheben darf.“
- 43) Vgl. nur *Odunco*, in: *Schroth/König/Gutmann/Odunco*, TPG, 2005, Einl., Rdnrn. 94 f.
- 44) Es liegt daher insbesondere auch kein Fehlschluss i. S. des Sorites- bzw. Haufen-Paradoxons (s. dazu näher Hyde, Stanford Encyclopedia of Philosophy, Ed. 2011) vor, zumal es um normative (und nicht vage deskriptive) Prädikate geht; vgl. auch *Damschen/Schönecker*, in: *dies.* (Hrsg.), Der moralische Status menschlicher Embryonen, 2003, S. 214, dortige Fn. 47.
- 45) Zur Einschränkung der Rechtsfähigkeit unter rasse-ideologischen Gesichtspunkten s. etwa *Larenz*, in: *Dahm* u. a., Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 225 ff., 241: „Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist.“
- 46) Vgl. *Hoerster*, Neugeborene und das Recht auf Leben, 1995, S. 16 ff., der behauptet, dass das Neugeborene „kein für die Einräumung eines Rechtes auf Leben relevantes Überlebensinteresse (hat)“ (a. a. O., S. 16), weil die „relevante Bewußtseinsbildung (erst) im Lauf des zweiten menschlichen Lebensjahres allmählich einsetzt“ (*Hoerster*, JuS 1989, 172 ff., 178). Gleichwohl soll die Geburt die entscheidende Zäsur bilden, damit „auch der Dümme ohne weitere Informationen (...) sich normgemäß verhalten kann“ (*Hoerster*, JuS 1989, 172 ff., 178; ausführlicher *ders.*, Neugeborene und das Recht auf Leben, 1995, S. 23 ff.; s. dazu kritisch auch *Tröndle*, NJW 1991, 2542 f.).
- 47) Vgl. *Tooley*, in: *Leist* (Hrsg.), Um Leben und Tod, 1990, S. 190 f.: „(..), daß Menschen erst mit zehn bis zwölf Wochen nach der Geburt Eigenschaften erwerben, die als Grundlage für zumindest ein gewisses Recht auf weitere Existenz dienen können.“
- 48) Das Fehlen eines Überlebensinteresses unterstellt *Singer*, Praktische Ethik, 3. Aufl. 2013, S. 291, 331, namentlich bei Kindern mit Tay-Sachs-Syndrom oder Spina bifida aperta; von den betroffenen Menschen, die sich in Vereinen, wie z. B. der Arbeitsgemeinschaft Spina Bifida und Hydrocephalus (ASBH), zusammengeschlossen haben, wird dies bezeichnenderweise anders gesehen.
- 49) *Spaemann*, in: *Geyer* (Hrsg.), Biopolitik – Die Positionen, 2001, S. 73 ff., 79; s. auch *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, 2005, S. 392 f.; ausführlich zur Inklusivität und Universalität des Menschenrechtsschutzes ferner *Graumann*, Assistierte Freiheit, 2011, S. 80 ff. m. umf. Nachw.

an ändert insbesondere auch der Vergleich mit der gesellschaftlich geduldeten Tötung von (schmerzempfindlichen und bewusstseinsfähigen) Tieren⁵⁰ nichts, weil aus diesem Monitum allenfalls die Forderung nach einem verbesserten Tierschutz, nicht aber nach einem reduzierten Menschenrechtsschutz abgeleitet werden kann.

Weder die kategoriale Differenzierung zwischen Vernunftfähigkeit und Vernunftunfähigkeit noch Unterscheidungen nach der Artikulationsfähigkeit oder sonstigen Attributen sind somit geeignet, anencephalen Kindern die Menschenwürde abzuspüren⁵¹. Dies gilt erst recht für utilitaristische Erwägungen, die in einer Apologie des Infantizids kulminieren: „Sofern der Tod eines behinderten Säuglings zur Geburt eines anderen Säuglings mit besseren Aussichten auf ein glückliches Leben führt, (ist) die Gesamtsumme des Glücks größer, wenn der behinderte Säugling getötet wird.“⁵² Eine solche Bilanzierung degradiert den behinderten Säugling – der antiken griechischen Tradition der Entsorgung in der Taygetoschlucht folgend⁵³ – zu einer austauschbaren (Wegwerf-)Sache und steht damit in diametralem Widerspruch zu dem unabänderbaren Kernbereich des Art. 1 Abs. 1 i. V. mit Art 79 Abs. 3 GG, wonach der Mensch nicht „zum bloßen Objekt des Staates“ gemacht werden darf⁵⁴. Mit dieser Wertentscheidung des Grundgesetzes, die nicht zuletzt auf den Erfahrungen vor 1945 beruht, werden zudem vor allem die Eltern von behinderten Kindern entlastet, die sich nicht dem (Selbst-)Vorwurf ausgesetzt sehen müssen, gegen das Gemeinwohlinteresse oder kapitalistische Effizienzkriterien verstoßen zu haben.

Der (Präferenz-)Utilitarismus führt allerdings nicht zwangsläufig zur Rechtlosstellung von (anencephalen) Säuglingen. So wird zwar behauptet, dass das Lebensrecht „ein integriertes, funktionsfähiges Neuralsystem, das subjektive Wahrnehmungen ermöglicht“, voraussetzt⁵⁵, doch sollen (vermeintlich) empfindungsunfähige Menschen vom Prinzip des „Normenschutzes“ erfasst werden⁵⁶. Hiernach werden die Menschenwürde und das Recht auf Leben „über die strikten Grenzen hinaus, die von den Kriterien ihrer genuinen Begründung gezogen würden, allgemein zugeschrieben und garantiert, und zwar vornehmlich aus Gründen der Humanität und der Stabilität eben der normativen Gesamttextur der Gesellschaft“⁵⁷. Zu überzeugen vermag diese Argumentation freilich kaum. Einem Menschen erst das Lebensrecht abzuspüren und dann auf die Humanität sowie inhaltsarme Stabilitätsinteressen Bezug zu nehmen, erscheint wenig plausibel.

V. Conclusio

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass anencephale Säuglinge voll rechtsfähig sind. Sie nehmen familienrechtlich den gleichen Status ein wie andere Kinder, sind uneingeschränkt erbfähig und werden auch in ihren Persönlichkeitsrechten vollumfänglich geschützt. In der weiteren Folge scheiden anencephale Neugeborene insbesondere als Organspender aus, solange gem. § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG nicht der Hirntod festgestellt ist⁵⁸. Da die Feststellung des Hirntods bei Neugeborenen – und ganz speziell bei Anencephalen – sehr schwierig und unsicher ist, sind Organtransplantationen in der Regel nicht möglich⁵⁹. Dies widerspricht mitunter dem nachvollziehbaren Wunsch der Eltern, mit Hilfe ihres moribunden Kindes das Leben eines anderen Kindes zu retten⁶⁰, doch ist das anencephale Kind eben ein eigenständiges Rechtssubjekt, das für fremdnützige Zwecke nicht instrumentalisiert werden darf⁶¹. Auch die Eltern können ihre eigenen Organe erst nach Eintritt des Hirntodes spenden – und müssen das Gleiche erst recht in ihrer Funktion als Sorgeberechtigte für ihr Kind respektieren. Dass anencephale Kinder normalerweise keine intensivmedizinische Versorgung mehr erhalten, ändert ebenfalls nichts an dem prinzipiellen Verbot der Organentnahme. Dieses Sterbenlassen entspricht dem re-

gelmäßigen, aber auch adäquaten Umgang mit moribunden Patienten und respektiert gerade deren Menschenwürde.

Näher betrachtet handelt es sich bei der Rechtsfähigkeit anencephaler Kinder indes nur um einen Ausschnitt aus einem größeren Problembereich, der in analoger Form am Ende des Lebens bei der Bestimmung des Todeszeitpunkts wiederkehrt. Die Jurisprudenz übernimmt dabei weitgehend unbeesehen das medizinische Hirntodkriterium⁶². Aus normativ-zivilrechtlicher Sicht erscheint es jedoch unangemessen, das Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen allein von Gehirnaktivitäten abhängig zu machen⁶³. Dies zeigt besonders deutlich das Beispiel einer hirntoten Schwangeren, deren Herzkreislauffunktionen intensivmedizinisch aufrechterhalten werden⁶⁴. Die Schwangere übernimmt ungeachtet des dissoziierten Hirntods weiterhin im Interesse des Kindes sowie der Sozietät ihre Mutterrolle, weshalb nicht einsichtig ist, ihr z. B. das (vererbare) Mutterschaftsgeld oder Unterhaltsansprüche zu versagen. Naheliegender Weise sind die Kosten für die Versorgung der Mutter auch nach Eintritt des Null-Linien-EEG Schwangerschaftskosten, und es wäre zudem inadäquat, der Mutter nurmehr einen reduzierten postmortalen Persönlichkeitsschutz zuzubilligen. Das Gleiche gilt mutatis mutandis für Organspender, die altruistisch handeln und deren uneingeschränkter zivilrechtlicher Schutz womöglich sogar Anreize zur gesellschaftlich erwünschten Organspende bietet. Aus zivilrechtlicher Sicht endet die Rechtsfähigkeit des Menschen somit grundsätzlich nach der alten Erkenntnis „tres sunt atria mortis“, also nach dem gemeinsamen Ausfall der Vitalfunktionen von Herz, Lunge und Gehirn⁶⁵.

-
- 50) Diesen Vergleich ziehen u. a. *Singer*, *Praktische Ethik*, 3. Aufl. 2013, S. 245 f.; und *Merkel*, *JZ* 1996, 1145 ff., 1152.
- 51) Dies betrifft gleichermaßen die Gegenüberstellung von „Mitgifttheorie“ (Menschenwürde als vom Schöpfer oder der Natur mitgegeben) und „Leistungstheorie“ (Menschenwürde durch gelungene Identitätsbildung); s. zu beiden Ansätzen näher *Hofmann*, *AöR* 118 (1993), 353 ff., 357 ff.
- 52) *Singer*, *Praktische Ethik*, 3. Aufl. 2013, S. 293; s. auch *Tooley*, in: *Leist* (Hrsg.), *Um Leben und Tod*, 1990, S. 187, 192.
- 53) Zur Historie des Infantizids s. näher *Zimmermann=Aeklin*, *Euthanasie*, 2. Aufl. 2002, S. 19 ff.
- 54) *BVerfG*, *NJW* 2012, 3357 ff. (Tz. 70 mit der weiteren Feststellung: „Menschenwürde in diesem Sinne ist auch dem eigen, der auf Grund seines körperlichen oder geistigen Zustands nicht sinnhaft handeln kann.“); s. zur „Objektformel“ auch schon *BVerfGE* 27, 1 ff., 6; *Dürig*, *AöR* 81 (1956), 117 ff.
- 55) Vgl. *Merkel*, *Früheuthanasie*, 2001, S. 461; das Kriterium der Empfindungsfähigkeit ist freilich kein Spezifikum für das „Person-Sein“, weil andere Lebewesen ebenfalls empfindungsfähig sind; s. kritisch auch *Dolderer*, *Menschenwürde und Spätabbruch*, 2012, S. 62 ff.; *Hoerster*, *JuS* 2003, 529 ff., 531.
- 56) *Merkel*, in: *FS f. Müller-Dietz*, 2001, S. 493 ff., 513.
- 57) *Merkel*, in: *FS f. Müller-Dietz*, 2001, S. 493 ff., 513.
- 58) Vgl. auch *Odunco*, in: *Schroth/König/Gutmann/Odunco*, *TPG*, 2005, Einl., Rdnr. 98; *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht – Besonderer Teil* 1, 36. Aufl. 2012, § 1, Rdnr. 26 m. w. N.
- 59) S. näher *Karpf*, *Transplantationen von Organen Verstorbener in Österreich und Großbritannien*, 2010, S. 44 f.; *Merkel*, *Früheuthanasie*, 2001, S. 72 ff. m. w. N.
- 60) S. zu einer erfolglosen Klage von Eltern in Florida *Byrne/Evers/Nilges*, *Issues L. & Med.* 9 (1993–1994), 23 ff., 23 ff. m. w. N.
- 61) Vgl. auch *Gilman*, *Elon Law Rev.* 4 (2012), 71 ff., 77 ff. m. w. N.
- 62) Vgl. nur *Weidlich*, in: *Palandt*, *BGB*, 72. Aufl. 2013, § 1922, Rdnr. 2; *Schmitt*, in: *MüKo/BGB*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 1, Rdnr. 22; ausführlicher aber *Leipold*, in: *MüKo/BGB*, Bd. 9, 6. Aufl. 2013, § 1922, Rdnr. 13.
- 63) S. näher *Wolf/Neuner*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl. 2012, § 11, Rdnr. 10; *Roller*, *Die Rechtsfähigkeit des Nasciturus*, 2013, S. 184 ff.
- 64) So der Fall des „Erlanger Babys“: *AG Hersbruck*, *NJW* 1992, 3245, wo bezeichnenderweise für die lediglich hirntote Schwangere ein Pfleger bestellt wurde.
- 65) S. näher *Wolf/Neuner*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl. 2012, § 11, Rdnr. 10.